RECHTE UND PFLICHTEN DES ZAHLENDEN BÜRGEN

BEZÜGLICH DER VOM SCHULDNER ODER DRITTEN GESTELLTEN PFÄNDER.

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VOM BENEFICIUM CEDENDARUM ACTIONUM.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER HOHEN

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ERLANGEN

VORGELEGT VON

FRITZ BROCKHUES

REFERENDAR

AUS KÖLN AM RHEIN.

KÖLN, 1896.

RECHTE UND PFLICHTEN DES ZAHLENDEN BÜRGEN

BEZÜGLICH DER VOM SCHULDNER ODER DRITTEN GESTELLTEN PFÄNDER.

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VOM BENEFICIUM CEDENDARUM ACTIONUM.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER HOHEN

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ERLANGEN

VORGELEGT VON

FRITZ BROCKHUES

REFERENDAR

AUS KÖLN AM RHEIN.

KÖLN, 1896.

Meinen lieben Eltern

in

Dankbarkeit gewidmet.

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Arndts:	Lehrbuch der Pandekten. 10. Aufl.
Bachofen:	Das römische Pfandrecht. 1847.
Dernburg:	Pandekten. 3. Aufl.
Ders.	Das Pfandrecht. 1860/64.
Geib:	Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.
Gesterding:	Ausbeute von Nachforschungen. 1826.
Girtanner:	Die Bürgschaft. 1850.
Goldschmidt:	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 14.
Gruchot:	Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts. Bd. 13.
Hagemeister:	Das beneficium cedendarum actionum des Bürgen. Diss. Greifswald 1893.
Hartmann:	Die Obligation. 1875.
Hasenbalg:	Die Bürgschaft im gemeinen Recht. 1870.
Holzschuher:	Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. Bd. III. 1864.
Keil:	Zur Lehre von dem beneficium cedendarum actionum. Dissert. Halle 1880.
Knorr:	Pfandrecht und Bürgschaft, im Archiv für d. civ. Praxis. Bd. 28.
Kohler:	Pfandrechtliche Forschungen. 1882.
Mitteis:	Die Individualisirung der Obligation. 1886.
Mühlenbruch:	Die Lehre von der Cession. 1836.
Puchta:	Pandekten. 4. Aufl.
Ders.	Vorlesungen über das heutige römische Recht.
Scheurl:	Hartmann, die Obligation, in Krit. V.-J.-Schr. 18. Bd. 4. Heft.
Schmid:	Die Grundlehren der Cession. 1866.
Seuffert:	Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 7, 12, 17; N. F. Bd. 2.
Sintenis:	Das praktische gemeine Civilrecht. Bd. II. 1868.
Vangerow:	Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.
Windscheid:	Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl.
Entscheidungen	des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 2, 3, 4, 18.

Inhaltsübersicht.

§ 1. Bürgschaft und Pfandrecht in ihrer Bedeutung für das römische und heutige Verkehrsleben.

§ 2. Entwickelung der rechtlichen Stellung des Bürgen.

Rechte und Pflichten desselben. Die besonderen Rechtswohlthaten.

Die Regressansprüche.

§ 3. Insbesondere das beneficium cedendarum actionum.

Ursprung desselben. Voraussetzungen.

§ 4. Ist der Bürge zur Herausforderung der Pfänder berechtigt? Wirkung des beneficium cedendarum actionum, namentlich Anrecht des Bürgen auf die Nebenrechte. Wie vollzieht sich der Uebergang der Nebenrechte? Uebergang der Pfandrechte nach den Quellen. Beschränkung des Ueberganges der Nebenrechte bezüglich des Bürgen, wenn der Gläubiger dadurch benachteiligt wird. Ist die Zeit der Bestellung der Pfänder von Einfluss? Der Bürge ist zur Herausforderung berechtigt, allein es ist zu berücksichtigen die durch Nov. 4. c. 2 bezüglich dritter Pfandbesitzer getroffene Aenderung.

Nebenfragen: Folgt aus dem Recht des Bürgen eine Verpflichtung des Gläubigers zur sorgfältigen Bewahrung der Pfänder?

Welche Wirkung hat ein Verzicht auf das beneficium seitens des Bürgen auf sein Recht zur Herausforderung der Pfänder?

§ 5. Ist der Bürge zur Geltendmachung seines Rechtes auf die Pfänder verpflichtet?

Ist er hierzu überhaupt verpflichtet? Ist er zur Geltendmachung spätestens bei der Zahlung verpflichtet? Muss er sich die Abtretung wenigstens vorbehalten, oder ist dieselbe auch nach vorbehaltlos erfolgter Zahlung möglich? l. 76 D. de solut. 46,3. im Gegensatze zu l. 36 D. de fideiuss. 46,1. Auf Grund der letzteren Stelle ist Herausgabe nach

vorbehaltloser Zahlung möglich. Kritik der Paulus'schen Kauffiktion. Andere Konstruktionsversuche. Die neueren Gesetzbücher unterstützen die gebilligte Ansicht. Gilt bezüglich der Ansprüche gegen Mitbürgen dasselbe?

§ 6. Welche Verpflichtungen liegen dem Bürgen bezüglich der übernommenen Pfänder ob?

Der Bürge hat als Pfandcessionar dieselben Verpflichtungen, wie der Gläubiger sie hatte. Dies auch dann, wenn wir auf Grund der Kauffiktion die Uebernahme der Pfänder als Kauf betrachten. Ein Ankauf derselben seitens des Bürgen in eigenem Interesse ist nämlich verboten, daher wird angenommen, dieser habe im Auftrag des Schuldners gehandelt. Infolgedessen hat er auch als Käufer keine anderen Rechte und Pflichten, wie sie ihm als Pfandcessionar oblagen. Bestätigung durch die Quellen.

§ 7. Entscheidung der behandelten Fragen nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. (Zweite Lesung.)

§ 1. Bürgschaft und Pfandrecht.

Zwei Rechtsinstitute gibt es, die eine Sicherung des Gläubigers für die Erfüllung seiner Forderung zum Ziele haben: Bürgschaft und Pfandrecht. Beide, ihrem Zwecke nach also verwandt, verwirklichen denselben auf verschiedenartigem Wege. Gibt die Bürgschaft dem Gläubiger neben dem Schuldner — dem Hauptschuldner — für dessen Verpflichtung noch eine dritte Person als Mitschuldner, so sichert das Pfandrecht die Forderung des Gläubigers, indem es ihm die Befugnis gewährt, die ihm verpfändete Sache zu seiner Deckung in Anspruch zu nehmen. So ist die Bürgschaft die Erscheinungsform des Personalkredits, das Pfandrecht die Verkörperung des Realkredits geworden. Welches von beiden Sicherungsmitteln den Vorzug verdient, lässt sich nicht allgemein und ein für allemal entscheiden; für die Beantwortung dieser Frage ist vielmehr die Gestaltung des einzelnen Falles von ausschlaggebender Bedeutung. Der Rechtsverkehr der Gegenwart zeigt zweifellos eine wesentliche Bevorzugung der Sicherung durch Pfandbestellung; bei den Römern dagegen waren — wohl eine Folge des nur mangelhaft entwickelten Pfandrechtsystems — Verbürgungen sehr häufig. Jedenfalls ist bei der Bürgschaft sowohl, wie bei dem Pfandrechte die Verwirklichung des Zweckes, dem beide dienen, so sehr von äusseren Umständen abhängig, dass wohl nur in ganz seltenen Fällen von einer absoluten Sicherung des Gläubigers bei beiden gesprochen werden kann. Vor allem sind es die wirtschaftliche Lage des Bürgen auf der einen, der Wert oder das Vorhandensein der gepfändeten Sache auf der anderen Seite, die auf Bürgschaft und Pfandrecht beherrschend einwirken und jener, wie diesem, entsprechend den Schwankungen, denen sie selber unterliegen, einen wechselnden Inhalt verleihen. Aus dem

Bestreben, eine relativ beste Sicherung zu erreichen, erklärt sich wohl die weder im römischen, noch im heutigen Verkehrsleben seltene Erscheinung, sich nicht nur Bürgen, oder Pfänder, sondern beides zugleich für ein und dieselbe Forderung bestellen zu lassen.

Aus einer derartigen Vereinigung beider Sicherungsmittel ergeben sich für den auf Zahlung belangten Bürgen ganz besondere Rechte und Pflichten. Eigenartig gestalten sich diese insbesondere bezüglich der von dem Schuldner oder von dritten Personen bestellten Pfänder. Ist der Bürge berechtigt, oder gar verpflichtet, sich diese bei der Zahlung herausgeben zu lassen; und zutreffenden Falls welche Verpflichtungen liegen ihm hinsichtlich der übernommenen Pfänder ob? Die Prüfung dieser Fragen ist der Zweck der nachstehenden Ausführungen.

§ 2. Die rechtliche Stellung des Bürgen.

Bürge — im römischen Rechte Fidejussor, daneben Konstituent und Mandator[1]) — ist derjenige, der eine fremde Verbindlichkeit in accessorischer Weise, d. h. neben dem Hauptschuldner als seine eigene übernimmt. Der Umfang seiner Verbindlichkeit richtet sich nach dem Willen der Parteien; eine strengere oder weitergehende Haftung des Bürgen als die des Hauptschuldners ist jedoch unstatthaft. Des Letzteren Einreden stehen auch dem Bürgen zu, mit Ausnahme der höchstpersönlichen und derjenigen, gegen die eben die Bürgschaft den Gläubiger schützen soll.

Im älteren römischen Rechte war die Rechtsstellung des Bürgen eine recht ungünstige, da seine Haftung vielfach über den Bürgschaftszweck hinausging. So stand es im Belieben des Gläubigers, einen von mehreren Mitbürgen auf die ganze Schuld zu belangen und auch den Bürgen zur Zahlung heranzuziehen, ohne sich zuvor an den Schuldner gewandt zu haben. Das wurde anders, als das spätere Recht dem Bürgen besondere Rechtswohl-

1) Ueber die verschiedenen Arten der Bürgschaft im römischen Rechte folgt das Nähere unter § 3 a. Anf.

thaten gegen eine derartige ungerechtfertigte Inanspruchnahme seitens des Gläubigers gewährte. In diesem Sinne gab zunächst eine epistola Divi Hadriani dem auf Zahlung belangten Fidejussor und Mandator, wenngleich sie sich auf das Ganze verpflichtet hatten, das Recht, Teilung der Forderung unter die Mitbürgen zu verlangen, unter der Voraussetzung, dass die Mitbürgen weder zahlungsunfähig, noch abwesend, noch auch aus anderen Gründen schwer zu belangen waren. Justinian gab die Wohlthat dann auch dem Konstituenten und bestimmte des weiteren in Nov. 4. c. 1., dass der Gläubiger den Bürgen, von einigen bestimmten Ausnahmefällen abgesehen[1]), erst dann belangen solle, wenn eine Ausklagung des Schuldners erfolglos geblieben sei. Hierdurch ist die Haftung des Bürgen eine nur subsidiäre geworden[2]).

Wesentlich günstiger aber stellte den Bürgen noch eine dritte Rechtswohlthat, indem sie ihm gibt, was dem Gläubiger nichts mehr nützen kann: Das sog. beneficium cedendarum actionum, d. i. das Recht des zahlenden Bürgen auf Abtretung aller dem Gläubiger aus seiner Forderung zustehenden Ansprüche und Klagen. Als Grundlage der hier zu prüfenden Rechtsverhältnisse wird es im weiteren Verlaufe der Abhandlung noch eine eingehende Besprechung erfahren.

Zahlt der vom Gläubiger belangte Bürge die Schuld, so hat er zwar um dieser Zahlung willen noch keinen Rückgriff auf den Hauptschuldner; allein in der Zahlung liegt in der Regel Tilgung einer fremden Schuld, und hieraus erwachsen dem Bürgen gegen den Schuldner Ansprüche auf Erstattung der gemachten Aufwendungen. Ob und in welcher Weise ein solcher Rückgriff geltend

---

1) Hierhin gehören: Abwesenseit des Schuldners, notorische Zahlungsunfähigkeit desselben, blosse Naturalobligation auf Seiten des Schuldners, arglistige Ableugnung der Bürgschaft durch den Bürgen und Verzicht auf das beneficium.
Vergl. Windscheid II. S. 804 f. not. 2—9a.

2) Die beiden Rechtswohlthaten, das sog. beneficium divisionis und das beneficium excussionis seu ordinis erzielten jedoch die beabsichtigte Wirkung nicht. Da nämlich deren Geltendmachung für den Gläubiger, wenn nicht mit Nachteilen, so doch mit mehr oder weniger Last verknüpft ist, ausserdem aber ein Verzicht auf die Wohlthaten gesetzlich gestattet ist, so wird in der Praxis sich jeder einigermassen geschäftskundige Gläubiger diesen Verzicht ausbedungen haben. Vergl. Hagemeister a. a. O. S. 8.

gemacht werden kann, richtet sich nach dem zwischen Schuldner und Bürgen bestehenden inneren Rechtsverhältnisse. Infolgedessen steht überhaupt kein Anspruch auf Erstattung demjenigen zu, der animo donandi entweder sich verbürgt [1]), oder bei der Zahlung auf seinen Regress verzichtet hat [1]), ebensowenig dem fideiussor in rem suam, d. h. demjenigen, der durch die Verpflichtung nur eine eigene Verbindlichkeit übernommen hat, und endlich auch demjenigen nicht, der bereits vorher entsprechende Deckung erhalten hat. In allen anderen Fällen wird dem Bürgen ein Ersatzanspruch zustehen, den er in der Regel, je nach dem Grunde der Bürgschaftsübernahme, mit der actio mandati contraria [2]), bezw. negotiorum gestorum geltend machen kann. Die Durchführung dieser Klagen ist aber nicht selten mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft, die auch dadurch nicht ganz beseitigt wurden, dass man die Klageführung in mannigfacher Hinsicht zu begünstigen suchte. So erleichterte man den Nachweis des erhaltenen Auftrages, der zur Anstellung der Mandatsklage streng genommen erforderlich war, durch Einführung seiner Präsumtion für den Fall, dass der Schuldner der Verbürgung nicht widersprochen hatte [3]); die actio negotiorum gestorum [4]) gab man selbst demjenigen, der sich für einen absens [5]) verbürgt hatte. Immerhin blieben empfindliche Härten bestehen. War doch keine der beiden Klagen dann anwendbar, wenn der Bürge sich wider den Willen des Schuldners verbürgt hatte [6]). Auch dem Bürgen, der das Ganze gezahlt hatte, stand ein Rückgriff gegen

---

1) Nach Savigny IV,132: „eventuelle Schenkung", bezw. „reelle Schenkung".

2) § 6 Inst. III. 20,21: Si quid autem fideiussor pro reo solverit: eius recuperandi causa habet cum eo mandati iudicium.

3) 1 6 § 2 D. mand. 17,1:
Si passus sim aliquem pro me fideiubere, vel alias intervenire, mandati teneor: et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio.

4) 1 20 D. eod.
Fideiussori est negotiorum gestorum actio, si pro absente fideiusserit.

5) Zulässig auch nach 1 30 D. de fideiuss. 46,1.
Fideiubere pro alio potest quisque, etiamsi promissor ignoret.

6) 1 40 D. mand. 17,1:
Si pro te absente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.
Dieselbe Entscheidung trifft Justinian allgemein bezüglich der negotiorum gestio in 1 24 C. de neg. gest. 2 19.

seine Mitbürgen nicht zu. Erst das beneficium cedendarum actionum schaffte hier Wandel.

§ 3. Das beneficium cedendarum actionum [1]).

Während das heutige gemeine Recht einen einheitlichen Bürgschaftsvertrag kennt, kamen im justinianischen Rechte ausser der fideiussio [2]) noch zwei andere Rechtsgeschäfte zur Anwendung, die, an sich anderen Zwecken dienend, in bestimmter Form Bürgschaftseffekt erzielten: Das constitutum und das mandatum, ersteres als constitutum debiti alieni, letzteres als mandatum qualificatum [3]). In diesem letztgenannten liegt der Ausgangspunkt für das benef. cedend. actionum.

Nach den Grundsätzen des Mandats kann nämlich hier der Bürge, der vorzugsweise mandator genannt wird, vom Gläubiger, dem Mandatar, mittels der actio mandati directa alles das fordern, was dieser infolge des Mandats noch in Händen hat: also vor allem die Klage gegen den Dritten. Von einem Untergange der Klage durch die Leistung des Mandator kann keine Rede sein, denn dieser erfüllt nur seine eigene, von der Verbindlichkeit des Dritten völlig unabhängige Verpflichtung [4]). Dies beweist schon die l. 28 D. mand. 17,1: Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere. Dem Mandator stand sogar ein Retentionsrecht dem Gläubiger gegenüber zu; er konnte die Zahlung so lange verweigern, bis letzterer sich zur Abtretung verstand.

So sagt Gaius in l. 27 § 5 D. mand. 17,1:

Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris.

1) Vergl. Keil a. a. O. S. 11 ff. Geib a. a. O. S. 150 ff.

2) Die beiden anderen Arten der Verbürgung in Stipulationsform, sponsio und fidepromissio, waren bereits fortgefallen.

3) Für das Kreditmandat gelten allerdings auch heute noch einige besondere Bestimmungen.

4) Geib a. a. O. S. 153 leugnet sogar überhaupt den accessorischen Charakter der aus dem Kreditmandat hervorgegangenen Verbindlichkeit des Mandator: „Niemals wird die Verpflichtung des Mandator zu einer accessorischen,. .“

Obwohl die obigen Voraussetzungen weder für den Fidejussor, noch für den Konstituenten zutreffen, erlangten gleichwohl auch sie diesen dem Mandator aus eigenem Rechte zustehenden Anspruch auf Klageabtretung, indem der Prätor ihnen denselben als Rechtswohlthat verlieh.

Wenn Geib [1]) behauptet, es könne weder von einer Nachbildung des Rechtes des Mandators, noch davon die Rede sein, dass den übrigen Bürgen dessen begünstigte Stellung gewährt worden sei, so geht er damit wohl zu weit. Denn trotz der Verschiedenheit des betreffenden Rechtes des Mandator von dem der übrigen Bürgen kann man doch annehmen, dass jenes der Ausgangspunkt und gewissermassen auch das Vorbild für die Rechtswohlthat gewesen ist. Des Prätors Bestreben war die Erweiterung der Regressansprüche der Bürgen; zweifellos war diesen am besten geholfen, wenn auch ihnen, gleich dem Mandator, ein Anspruch auf Klageabtretung verliehen wurde. Da dieser aber in der Natur des Verhältnisses zwischen Bürgen und Gläubiger nicht begründet war, so bedurfte es des besonderen Eingreifens der prätorischen Gesetzgebung, die den Anspruch begründete durch Schaffung einer Rechtswohlthat. So gewährte der Prätor den übrigen Bürgen die begünstigte Stelle des Mandator, ohne indess zugleich auch auf sie die aus der Mandatsnatur hervorgehenden besonderen Folgen, wie z. B. die strenge Haftung des Mandatar, zu übertragen.

Der Gläubiger soll abtreten, was ihm nichts mehr nützen kann. Dementsprechend kann der Bürge sich auf die Rechtswohlthat nur unter der doppelten Voraussetzung berufen, dass er selber zunächst zur Zahlung bereit ist, dann aber auch, dass für den Gläubiger keinerlei Interessse an der Nichtabtretung besteht. Würde ein Gläubiger, trotzdem diese Voraussetzungen vorliegen, doch die Abtretung verweigern, so würde er sich eines dolus [2]) schuldig machen. Nach v. Savigny [3]) läge darin „ein Missbrauch des strengen buchstäblichen Rechts mit Verweigerung der

1) a. a. O. S. 156.
2) So u. a. Geib a. a. O. S. 158 not. 3.
3) Obligationenrecht Bd. I § 23, S. 240 ff.

unbestreitbaren Billigkeit, die der Kläger ohne ein Opfer zu fördern die Macht hat."

Zwar verlangt Windscheid [1]) noch als fernere Voraussetzung, dass dem Bürgen ein Rückgriffsrecht zustehen müsse. Dies ist jedoch nicht erforderlich: der Gläubiger hat sich um das innere Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Schuldner nicht zu kümmern; steht dem Bürgen kein Rückgriff zu, so helfen ihm die abgetretenen Klagen doch nichts, da sie dann vom Schuldner leicht durch Einrede zu entkräften sind. Es liegt daher weder eine innere Notwendigkeit zu einer derartigen Beschränkung vor, noch auch wissen die Quellen von einer solchen.

l. 17 D. de fideiuss. 46, 1 besagt:

Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.

Ferner l. 39 eod. bezüglich der Klagen gegen die Mitbürgen:

Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est, ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvit, **nec ei cessae sint actiones,** alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur.

§ 4. Ist der zahlende Bürge zur Herausforderung der Pfänder berechtigt?

Nach den zuvor entwickelten Grundsätzen hat der Bürge [2]) das Recht, die Abtretung aller dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner zustehenden Ansprüche und Klagen zu verlangen. Unverkennbare Vorteile sind mit diesem Rechte für den Bürgen verbunden. Zunächst wird seine processuale Stellung wesentlich gebessert, indem er

1) A. a. O. § 481 not. 7.
Für die Windscheid'sche Ansicht neuerdings auch Geib a. a. O. S. 158 not. 2. Gegen die Ansicht Brinz, Pand. II. S. 87, S. 192 not. 23; Dernburg II § 80 not. 8; Arndts § 356 not. 3; Hagemeister a. a. O. S. 12 f.

2) Eine Unterscheidung zwischen Mandator und anderen Bürgen ist hier nicht erforderlich. Jener kann sich auch des beneficium bedienen, und ob er nun aus eigenem Rechte oder auf Grund des beneficium Abtretung fordert, das Ergebnis bleibt im allgemeinen dasselbe. Wenn im Folgenden nicht ausdrücklich unterschieden wird, ist demnach unter „Bürge" auch der Mandator zu verstehen.

in diejenige des Gläubigers eintritt und nunmehr aus dieser heraus seine Klagen erheben kann. Sodann, und damit rückt die zu entscheidende Frage näher, ist der Gläubiger auch zur Abtretung der zur weiteren Deckung der Hauptschuld etwa bestellten Nebenrechte verpflichtet, also zur Abtretung sowohl der Ansprüche gegen Mitbürgen, wie auch der Pfandrechte. Nach einem in der gemeinrechtlichen Theorie völlig unbestritten dastehenden Satze muss nämlich derjenige, der zur Abtretung einer Forderung verpflichtet ist, dieselbe mit allen Accessionen, also auch mit den zur Sicherung bestellten Nebenrechten, übertragen.

In welcher Weise diese Uebertragung bezüglich der Pfandrechte zu erfolgen hat, ist namentlich bei den älteren Schriftstellern [1]) bestritten. Heute können folgende Grundsätze als feststehend angenommen werden: Nicht erforderlich ist eine ausdrückliche Uebertragung, denn das Pfandrecht folgt ipso iure seinem Forderungsrechte; gleichgiltig ist es dabei, aus welchem Grunde und auf welche Weise die Cession des letzteren erfolgt. Selbst wenn dessen Uebergang unmittelbar auf gesetzlichen Bestimmungen beruht, bei der sog. cessio legis, geht notwendig auch das Pfandrecht mit über. Der Cessionar erwirbt sogar selbst dann die Pfandrechte, wenn er von deren Bestehen nichts wusste, sofern er nur allgemein die Rechte aus der Forderung erwerben wollte. Dies geht hervor aus l. 23 pr. D. de her. vel act. vend. 18,4, die besagt, dass zur Verhinderung des Ueberganges der Nebenrechte ausdrückliche Vereinbarung erforderlich sei:

Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores huius debiti cedere debet, nisi aliud actum est.

Es kann vielleicht im Interesse des Cessionars liegen, die Pfandrechte ausdrücklich cediert zu erhalten; einer dementsprechenden Aufforderung hat der Gläubiger Folge zu leisten, da er selber keinen Nachteil dadurch erleidet.

1) S. deren Ansichten bei Gesterding a. a. O. S. 290.

Der Uebergang der Pfandrechte auf den Cessionar wird in vielen Quellenaussprüchen bestätigt, so in l. 6 C. de obl. et act. 4,10:

Si in solutum nomen debitoris sui debitor dedit tuus ac te in rem suam procuratorem fecit, pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, persequere.

Ferner in l. 7 eod.:

Si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quae venditor nominis consequi posset, apud praesidem provinciae vindica, nam si debitum ex eius persona res obligatas tenentes non transferant, iure communi pignora distrahere non prohiberis.

Endlich wäre noch zu erwähnen, l. 6 D. de her. vel act. vend. 18,4:

Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet . . .

Aus eben diesen Quellenäusserungen folgt aber auch die **Berechtigung** zur Geltendmachung der Pfandrechte, und dahin gehört vor allem das Recht des Cessionars, sich auch die Pfänder herausgeben zu lassen. Unter den Begriff „Pfänder" fallen aber nicht etwa nur die Faustpfänder, sondern ganz allgemein auch andere, nicht im Besitze des Gläubigers befindliche Pfandgegenstände, bei denen möglicherweise die Herausgabe sich auf Uebergabe der sie zum Pfande bestellenden oder die Pfandbestellung bescheinigenden Urkunden, wie z. B. der Hypothekenbriefe, zu erstrecken hat.

Dem Cessionar im engeren Sinne ist zuvor das Recht, Herausgabe der für die Forderung bestellten Pfänder zu verlangen, gänzlich unbeschränkt und bedingungslos zuerkannt worden. Bezüglich des Bürgen aber, der, gestützt auf das beneficium cedendarum actionum, die Herausgabe verlangt, erleidet dieses Recht wesentliche Einschränkungen. Der Grundgedanke des beneficium ist, wie erwähnt, der, den Gläubiger zur Cession alles dessen zu zwingen, was für ihn keinerlei Interesse mehr hat. Wie nun, wenn eine Abtretung der Pfandrechte bezw. Herausgabe der Pfänder ihm nachteilig ist? In der Regel wird hier der Gläubiger schon den Uebergang der Pfandrechte durch ausdrückliche

Erklärung verhindern. Aber selbst wenn dies nicht geschehen ist, kann doch von einem Rechte des Bürgen auf Herausforderung der Pfänder keine Rede sein.

In diesem Sinne heisst es in l. 2 § 1 C. de fideiuss. 8,40/41:

Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est, transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.

Die Stelle berechtigt den Gläubiger, die Abtretung zunächst für den Fall zu verweigern, dass die Pfänder auch noch für eine andere Forderung, für die der Bürge sich nicht verbürgt hat, haften; es sei denn, dass letzterer auch die andere Forderung tilge. Ebendieselben Bestimmungen greifen dann Platz, wenn der Bürge sich nur für einen Teil einer Forderung verbindlich gemacht hat, die Pfänder aber für die ganze Forderung haften. Denn auch wenn der Gläubiger einen verhältnismässigen Teil des Pfandrechtes einräumen müsste, würde das dennoch seinem Interesse zuwider laufen. Dafür spricht die angezogene l. 2, die unbedenklich wohl auch auf diesen Fall Anwendung finden darf, wie das auch vom Reichsgericht[1]) anerkannt worden ist. Völlig zutreffend hat der oberste Gerichtshof ausgeführt, dass hierauf zunächst schon die wörtliche Auslegung hinweise, denn wenn sich der Bürge nur für einen Teil einer Summe verpflichtet habe, so sei der andere Teil ebenso alia causa, wie eine neue selbstständige Forderung; ausserdem sei unter omne debitum der verbürgte und der unverbürgte Teil der Forderung zu verstehen. Aber auch die logische Auslegung führe zu diesem Ergebnisse, da die Stelle eine streng folgemässige Anwendung des dem beneficium zu Grunde liegenden Satzes enthalte, der Gläubiger müsse nur dann abtreten, wenn ihm eben kein Schaden aus der Abtretung erwachse. Es würde aber der Gläubiger verlieren, wenn er von der Sicherheit auch nur etwas aufgeben müsse, da diese vermöge der Unteilbarkeit des Pfandrechtes auch für den übriggebliebenen Teil der Forderung in vollem Umfange haftbar bleibe.

1) A. a. O. III, 183 ff.

Aber auch dann, wenn dem Gläubiger an derselben Pfandsache wegen anderweitiger Forderungen gegen denselben Schuldner noch ein zweites Pfandrecht zusteht, kann er die Abtretung des für die verbürgte Schuld bestellten Pfandrechtes verweigern, ohne Rücksicht darauf, ob dieses besser, gleich oder schwächer als das andere ist. Offenbar würde eine Schädigung des Gläubigers vorliegen, wenn er zur Abtretung des besseren oder gleichstehenden Pfandrechtes gezwungen wäre. Solange nämlich beide Pfandrechte in einer Hand vereinigt sind, kann er wählen, welches von beiden er zuerst geltend machen will. Selbstverständlich wird er wohl dasjenige vorziehen, dessen entsprechende Forderung ihm am wenigsten gesichert erscheint, also das für die unverbürgte Forderung bestellte. Müsste er dagegen dem Bürgen das bessere abtreten, so könnte er für seine andere Forderung vielleicht überhaupt nichts oder nicht das Ganze erlangen. [1])

Wenn der Gläubiger endlich dem Bürgen das nachstehende Pfandrecht übertragen müsste, so ist ein Interesse an der Nichtabtretung zwar kaum ersichtlich, allein schon die blosse Möglichkeit einer Schädigung zur Weigerung genügend. Einen Nachteil erlitte jener aber beispielsweise, wenn er noch andere ungesicherte Forderungen gegen denselben Schuldner hätte, derentwegen er bei einem etwaigen Verkauf der Pfandsachen ein Retentionsrecht bezüglich der Hyperocha geltend machen könnte; hätte er doch sonst auch einen Anspruch auf diese. Zu demselben Ergebnisse ist auch Hasenbalg [2]) gelangt, wenn ihm auch in der Beweisführung selber wohl ein Irrtum unterlaufen ist. Gestützt auf Girtanner [3]), führt er nämlich aus,

---

1) Einige Schriftsteller sind der Ansicht, in diesem Falle müsse der Gläubiger zufrieden sein, wenn der Bürge ihm das bessere Pfandrecht lasse und sich mit dem schwächeren begnüge. (So Joh. a. Sande decis. Fris. III, 10. def. 6; ferner Girtanner a. a. O. S. 534 not. 6; a. A. Hasenbalg a. a. O. S. 458.) Zu dieser Entscheidung führt sie die Erwägung, dass der Gläubiger, der nur vor Nachteil geschützt werden soll, durch die Zahlung, da nunmehr jegliche Unsicherheit betreffs wirklicher Erfüllung aller Forderungen beseitigt ist, gewinnt. Allein eine andere Möglichkeit, denselben wirksam zu schützen, war wohl nicht zu finden. Gegen die Ansicht spricht zunächst der klare Wortlaut der l. 2 cit.; sodann wäre der Gläubiger durch Ueberlassung des stärkeren Pfandrechts keineswegs völlig vor Nachteil geschützt, da nach den oben folgenden Ausführungen auch die Abtretung des schwächeren Pfandrechtes das Interesse des Gläubigers schädigen kann.

2) A. a. O. S. 455. Text zu not. 34.

3) A. a. O. S. 534 not. 6 a. E.

dass in letzterem Falle der Gläubiger insofern geschädigt werde, als er nicht mehr die Wahl habe, welches Pfandrecht er zuerst geltend machen könne. Diese Beweisführung ist nicht zutreffend. Zahlt der Bürge und erhält nunmehr das schwächere Pfandrecht übertragen, so bleibt dem Gläubiger doch mit dem bei ihm verbliebenen besseren Pfandrechte die andere Forderung noch genügend geschützt, und eine Geltendmachung des schwächeren Pfandrechts könnte ihm doch nur schwerlich helfen. Girtanner — und hierin liegt der Irrtum Hasenbalg's — spricht aber gerade von dem umgekehrten Falle, wo der Gläubiger das stärkere Pfandrecht übertragen müsste, und dass für diesen Fall der Grund zutrifft, ist zuvor schon ausgeführt.

Ein Interesse des Gläubigers an der Nichtauslieferung der Pfänder ist weiterhin auch noch in dem Falle denkbar, dass ihm an diesen noch ein besonderes Retentionsrecht zusteht. Zweifellos würde der Gläubiger in diesem Falle einen Nachteil erleiden, der ihn — wiederum entsprechend den Grundsätzen der in Frage kommenden Rechtswohlthat — zur Verweigerung der Herausgabe der Pfänder berechtigen dürfte. Allerdings ist das nicht ganz unbestritten. Während Mühlenbruch [1]) in diesem Falle das Recht zur Verweigerung bestreitet, teilen Hasenbalg, [2]) Girtanner [3]) und Goldschmidt [4]) die zuvor aufgestellte Ansicht. Immerhin bleibt aber von der Frage, ob der Gläubiger die Herausgabe der Pfänder verweigern dürfe, noch die andere zu trennen, ob er sich wegen des Retentionsrechtes nun auch der blossen Abtretung des Pfandrechtes entziehen könne. Auch das ist bestritten. Wenn indess hier schon das Recht zur Verweigerung allgemein zugestanden ist, dann darf füglich über diese Frage ohne weitere Erörterung hinweggegangen werden.

Ohne jeglichen Einfluss auf das Recht des Bürgen, Herausgabe der Pfänder zu verlangen, ist die Zeit der Bestellung derselben. Nicht nur die Herausgabe der vor

1) A. a. O. S. 422 not. 406.
2) A. a. O. S. 456.
3) A. a. O. S. 534.
4) A. a. O. Bd. 14. S. 417.

oder bei Eingehung der Bürgschaft bestellten, sondern auch die später eingeräumten Pfänder kann er verlangen, sofern sie nur im Augenblicke der Zahlung noch vorhanden sind. Ja es gilt sogar die Bestimmung, dass selbst die nach der Zahlung in den Besitz des Gläubigers gelangten Pfänder als Accessionen der Hauptforderung dem Cessionar und folglich auch dem Bürgen zu übertragen sind:

l. 6 D. de her. vel act. vend. 18,4:

Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet eius quoque **quod postea accepit**: nam beneficium venditoris prodest emptori.

Hieraus ergibt sich die Unhaltbarkeit der Ansicht Knorr's [1]), derzufolge eine Pflicht des Gläubigers zur Uebertragung des Pfandrechts an den Bürgen nur dann bestehe, wenn sich dieser gerade und nur mit Rücksicht auf jenes verbürgt habe. Für diesen Willen — so meint Knorr — spreche allerdings bezüglich der vor Uebernahme der Bürgschaft bestellten Pfänder eine Rechtsvermutung, während die später bestellten — gleichsam eine res inter alios acta darstellend — ohne jeglichen Einfluss auf das Bürgschaftsverhältnis seien. Knorr's Ansicht dürfte heute wohl kaum noch Anhänger finden. Auf eine ausführliche Widerlegung derselben kann deshalb hier wohl um so eher verzichtet werden, als ihr diese bereits mehrfach von anderer Seite, so namentlich von Hasenbalg [2]) und Sintenis [3]) zu teil geworden ist. Erwähnt werde nur noch, dass Andere, wie Holzschuher [4]) und Gruchot [5]) die Ansicht Knorr's einzuschränken suchen, indem sie behaupten, ein Zeitunterschied in der Bestellung der Pfänder könne dann allerdings in Betracht kommen, wenn der Gläubiger ein ihm bestelltes Pfandrecht ohne Einwilligung des Bürgen später wieder aufgebe, was ihm nämlich bezüglich der nach der Verbürgung erlangten Pfandrechte gestattet sei. Auch dies ist nicht zutreffend, denn das

1) A. a O. S. 170 ff.
2) A. a. O. S. 445 ff.
3) A. a. O. S. 826 not. 79.
4) A. a. O. S. 1004.
5) A. a. O. Bd. 13. S. 554, zunächst bezüglich des preussischen Landrechts.

innere Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger schreibt letzterem vor, insbesondere seit Einführung der Nov. 4, sich aller Mittel zu bedienen, um Befriedigung vom Schuldner zu erlangen. Dieser Verpflichtung handelt er aber auch dann zuwider, wenn er ein ihm nach der Verbürgung eingeräumtes Pfandrecht ohne zwingenden Grund aufgeben würde.

Der Bürge ist also berechtigt, bei der Zahlung alle diejenigen Pfänder sich herausgeben zu lassen, die in dem Augenblicke bei dem Gläubiger sich befinden, sofern er für die gesamten Forderungen, derentwegen dieser die Pfänder zurückbehalten darf, Zahlung zu leisten bereit ist. Dementsprechend sind auch die Aussprüche der Quellen aufzufassen, in denen dem zahlenden Bürgen das Recht auf Herausgabe von Faustpfand und auf Einräumung bezw. Uebertragung von Hypothek zuerkannt wird. Zu erwähnen sind hier namentlich:

l. 2 pr. C. de fideiuss. 8, 40/41:

Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem, convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit, quod cum facit, debet ius pignorum in eum transferre.

sowie l. 21 eod.:

Sicut eligendi fideiussores creditor habet potestatem, ita intercessorem postulantem cedi sibi hypothecae sive pignori obligata iure non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgueri.

Dasselbe besagen auch l. 11 und l. 14 eod.

Dieses Recht hat auch das Reichsgericht[1]) anerkannt, indem es ausführt, der Gläubiger sei dem Bürgen gegenüber, der auf die Rechtswohlthat der Vorausklage verzichtet habe, nicht verpflichtet, vorerst Pfandrechte gegen den Schuldner geltend zu machen; allein dem Befriedigung anbietenden Bürgen müsse er dieselben abtreten.

Die Faustpfänder und etwaige Urkunden über andere Verpfändungen kann der Bürge herausverlangen; kann er nun aber auch jedem gegenüber die Pfandrechte geltend machen?

1) A. a. O. IV, 187 ff.

Das klassische Recht gewährt ihm diese Befugnis jedem gegenüber ohne Unterschied der Person des Besitzers und des Bestellers. So auch noch die l. 2, 11, 21 C. de fideiuss. 8,40/41.

Eine wichtige Änderung trat aber ein durch Nov. 4 c. 2. Hier heisst es:

Sed neque ad res debitorum, quae aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores et fideiussores et sponsores: sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorum et mandatorum et sponsorum.

Justinian bestimmt demnach, dass der Gläubiger gegen dritte Pfandbesitzer die actio hypothecaria erst dann anstellen könne, wenn zuvor Hauptschuldner und Bürge vergeblich ausgeklagt oder aus sonstigen Gründen nicht oder nur schwer zu belangen seien. Zwar glauben manche,[2]) diese Bestimmungen seien durch Nov. 112, wenn auch nur teilweise, wieder aufgehoben worden. Allein Nov. 112 spricht nur davon, dass eine Sache durch Belastung mit einem Pfandrechte nicht zu einer res litigiosa werde. Eine Veräusserung sei also erlaubt, natürlich unbeschadet der Rechte des Gläubigers. Nach Nov. 4 kann demnach der dritte Pfandbesitzer durch Berufung auf das ihm gewährte benef. excussionis zunächst die vorherige Ausklagung des Bürgen verlangen. Wird nun diesem bei der Zahlung die actio hypothecaria gegen den Dritten auch übertragen, so kann er dieselbe deshalb doch noch nicht anstellen. Denn der Dritte hat ihm gegenüber dieselben Einreden, die ihm auch gegen den Gläubiger zugestanden hätten; im übrigen wird auch der Dritte, da er ja nur subsidiär haftet, durch die Zahlung des Bürgen unmittelbar befreit. Ja es kann der Bürge nicht nur nicht den dritten Pfandbesitzer in Anspruch nehmen, sondern es kann sogar umgekehrt dieser sich an den Bürgen halten, falls er, der Pfandbesitzer, auf das benef. excussionis

---

2) So Löhr im Arch. f. civ. Pr. Bd. 26. S. 5 ff. Vergl. Knorr a. a. O. S. 189, ferner Hasenbalg a. a. O. S. 528 not. 7.

verzichtend, erfüllt hat. Dann muss nämlich der Gläubiger diesem die Ansprüche gegen den Bürgen abtreten, da auch dem Pfandbesitzer ein benef. cedend. act. eingeräumt werden muss. [1])

Kann aber der Bürge die Pfandrechte dann nicht geltend machen, wenn die vom Schuldner verpfändete Sache in den Besitz eines Dritten übergegangen ist, dann ist dasselbe anzunehmen bezüglich der von vornherein von Dritten bestellten Pfänder, denn auch hier steht der Bürge einem dritten Pfandbesitzer gegenüber [2]). Besonderer Erwähnung bedarf jedoch der Fall, wo einer der Mitbürgen Pfänder für seine Bürgschaftsverpflichtung bestellt hat. Der Bürge würde hier bei der Zahlung zugleich mit der persönlichen Klage gegen den Mitbürgen auch die Pfandklage erwerben, deren Geltendmachung der letztere nicht abweisen kann.

Kurz zu bemerken ist noch, dass aus der Berechtigung des Bürgen zur Herausforderung der Pfänder dem Gläubiger die Verpflichtung zur Bewahrung derselben erwächst.[3]) Der Bürge kann zwar nur diejenigen Pfänder fordern, die bei der Zahlung noch vorhanden sind; hat jedoch der Gläubiger schuldhafterweise Pfandrechte aufgegeben oder verfallen lassen, so kann der Bürge mit Rücksicht darauf die Zahlung insoweit verweigern, als er aus dem aufgegebenen Pfandrechte hätte Ersatz erlangen können. Es ist oben schon darauf hingewiesen, dass auch hier ein Zeitunterschied in der Bestellung der Pfänder nicht von Bedeutung ist.

Endlich ist noch die Frage zu erörtern, welche Wirkung ein Verzicht des Bürgen auf das benef. ced. act. bezüglich seines Rechtes auf Herausgabe der Pfänder hat. Es entscheidet sich dies verschieden, je nachdem man Stellung nimmt zu der Streitfrage, was der Verzicht auf das beneficium im Zweifel bedeute, ob darin nur ein Verzicht auf die exceptio ben. ced. act., oder überhaupt auf das ganze Recht liegen soll. Nach der herrschenden

1) So auch Dernb. Pfdr. II S. 367
2) Vergl. Hasenbalg a. a. O. S. 576.
3) Vergl. Hasenbalg S. 572 ff.

Meinung[1]) ist die erstere Ansicht die richtige; sie ist auch als die mildere vorzuziehen. Der Bürge hat auf das beneficium verzichtet, weil er dem Gläubiger anstandslos und ohne jegliche Weiterungen sofort zahlen will; hat er aber gezahlt, so kann nunmehr der Gläubiger, da der Bürge seinen Verpflichtungen genügt hat, auch das, was für ihn selbst nutzlos, für den Bürgen aber jetzt wertvoll geworden ist, diesem abtreten.

Anders würde es dagegen sein, wenn entweder auf das beneficium ausdrücklich in seinem ganzen Umfange verzichtet worden wäre, oder wenn man einem einfachen Verzicht auf die Rechtswohlthat einen derartigen Umfang beimessen wollte. In dem Falle würde selbstverständlich von einem Recht auf Herausforderung der Pfänder keine Rede sein können.

§ 5. Ist der Bürge zur Geltendmachung seines Rechtes auf die Pfänder verpflichtet?

Das Recht des Bürgen auf Herausgabe der Pfänder stützt sich auf eine Rechtswohlthat. Nach dem Grundsatze „Invito beneficium non datur“ kann niemand gezwungen werden, von einer Wohlthat Gebrauch zu machen. Von einer gesetzlichen Verpflichtung des Bürgen, Herausgabe der Pfänder zu verlangen, kann daher keine Rede sein.

Denkbar ist aber der Fall, dass ein Dritter eine später anzustellende Klage des Bürgen mittels Einrede aus dem Grunde zurückweisen könnte, weil dieser die Herausforderung der Pfänder unterlassen habe. Nicht Rechtsvorschriften, sondern lediglich die Rücksicht auf sich selbst und das Interesse an der eigenen Wohlfahrt würden hier die Herausgabe der Pfänder geboten erscheinen lassen. Und in der That insofern — aber auch nur insofern — kann von einer Verpflichtung des Bürgen, die Herausgabe der Pfänder zu fordern, überhaupt die Rede sein: A und B haben sich als Mitbürgen für eine Schuld des C bei dem Gläubiger D verbindlich gemacht; für dieselbe Schuld

[1]) Vergl. Hasenbalg S. 464. Hagemeister a. a. O. S. 26.

hat C dem D ausserdem Pfänder bestellt. A wird von D belangt; da er vom beneficium divisionis und ordinis keinen Gebrauch machen kann oder will, zahlt er die ganze Summe, lässt sich aber von D dessen Klagen gegen B und C abtreten. Auf die Herausgabe der von C bestellten Pfänder verzichtet er trotz seines Anrechtes darauf. Der Schuldner C wird bald darauf zahlungsunfähig. Jetzt belangt A den B auf Zahlung seines entsprechenden Anteils; B weigert sich jedoch, zu zahlen, und zwar unter folgender Begründung: A — so lautet seine Einrede — sei durch die Klageabtretung in die Stelle des Gläubigers D gerückt. Alle Einreden, die ihm, dem B, gegen D zugestanden hätten, ständen ihm daher jetzt auch dem A gegenüber zu. D hätte aber, falls er ihn, den B, belangt hätte, die im Augenblicke der Zahlung bei ihm befindlichen Pfänder des C herausgeben müssen, widrigenfalls ihm die exc. benef. ced. act. mit Erfolg entgegengesetzt worden wäre, und deren er, B, sich auch dann hätte bedienen können, wenn D die Pfandrechte schuldhafterweise hätte aufgegeben. Aus denselben Gründen weigere er auch jetzt dem A die Zahlung. Zweifellos sind diese Einwendungen des B als berechtigt anzusehen; mit Erfolg würde er sie einer von A erhobenen Klage entgegensetzen können. So ist denn der Bürge in dem zuvor festgestellten Sinne dann für verpflichtet zu erachten, sich die Pfänder herausgeben zu lassen, wenn er den Mitbürgen gegenüber Regressansprüche geltend machen will.

Ob auch der Rückbürge berechtigt ist, dem Bürgen, der versäumt hatte, die Herausgabe der Pfänder vom Gläubiger zu fordern, deshalb die Zahlung zu verweigern, ist zu verneinen, da hier das Verhältnis insofern anders liegt, als der Rückbürge dem Bürgen gegenüber von vornherein und rückhaltlos verpflichtet ist. Diese Anschauung hat auch das Reichsgericht[1]) einer Entscheidung zu Grunde gelegt, indem es ausführt:

„Es hatte daher auch im vorliegenden Falle der Kläger als Bürge die Ansprüche, welche er gehabt hat,

1) A. a. O. XVIII, 239.

dem Rückbürgen zu erhalten, und er hatte dafür einzustehen, dass diese Ansprüche nicht durch seine Schuld verloren gingen. Das Berufungsgericht geht aber zu weit, wenn es annimmt, es sei der Kläger auch verpflichtet gewesen, im Interesse des Rückbürgen sich die Klagen bei der Zahlung abtreten zu lassen. Es würde damit dem Kläger zugemutet werden, das Recht, welches er hatte, nicht bloss zu bewahren, sondern auch auszuüben; es müsste alsdann auch konsequent vom Kläger gefordert werden können, dass er bei einer etwaigen Weigerung des Gläubigers diesen im Prozesswege zur Abtretung zwinge, obwohl er persönlich kein Interesse an der Abtretung der Klage hat. Eine derartige Verpflichtung lässt sich aber weder aus den positiven Gesetzen, noch aus den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr ableiten."

Die vorliegende Frage bedarf aber einer Erörterung noch nach der Richtung hin, ob der Bürge verpflichtet ist, sich bei der Zahlung die Pfänder herausgeben zu lassen, oder ob m. a. W. sein nach den obigen Ausführungen bestehendes Recht auf die Pfänder auch dann noch fortbesteht, wenn er es bei der Zahlung selber noch nicht geltend gemacht hat.

Es ist auch hier wiederum zu unterscheiden zwischen der Uebertragung des Pfandrechtes und der Herausgabe des Pfandes selber. Letzteres kann der Bürge dann verlangen, wenn ihm das Pfandrecht abgetreten worden ist. Daraus ergibt sich, dass er zur Herausforderung der Pfänder auch noch nach der Zahlung berechtigt ist, falls er nur vor oder bei der Zahlung die Abtretung der Nebenrechte, sei es ausdrücklich und für sich allein, oder stillschweigend mit dem Hauptanspruch sich ausbedungen hat. Er kann die Abtretung des Pfandrechtes für sich allein und ohne Rücksicht auf den Hauptanspruch fordern; denn wenn er diesen auch meistens schon aus anderem Grunde wird geltend machen können, so liegt gleichwohl in der Forderung auf Abtretung nur der Nebenrechte nicht etwa schon ein Verzicht darauf, sondern es ist unbedenklich auch in einer solchen Forderung das stillschweigende Verlangen auf dessen Uebertragung oder

mindestens der Vorbehalt zu erblicken, dass durch die Zahlung der Hauptanspruch nicht untergehen solle. Denn nur durch den Hauptanspruch und in diesem können die Nebenrechte fortbestehen. So sind auch die Quellen zu verstehen, wenn sie nur von dem Rechte des Bürgen auf Abtretung der Pfandrechte sprechen: dass er den Hauptanspruch verlangen könne, ist da selbstverständliche Voraussetzung; so l. 2, 11, 14, 21 C. 8, 40/41. Umgekehrt kann der Bürge aber mit derselben Wirkung sich auch auf die Forderung der Abtretung des Hauptanspruches beschränken; denn wie früher erwähnt, folgt das Pfandrecht der Forderung, für die es bestellt worden ist, und geht mit ihr über in jede dritte Hand, falls nicht eine ausdrückliche Vereinbarung entgegensteht.

Auch hier werden also mit dem Hauptanspruche ohne weiteres die Pfandrechte übertragen, da sie mit dem Hauptrechte stehen und fallen. In beiden Fällen, sowohl in dem der ausdrücklichen wie stillschweigenden Abtretung, erwirbt der Bürge die Pfandrechte im Augenblicke der Uebertragung des Hauptanspruches selber. Von diesem Zeitpunkte an besteht daher auch sein Recht auf Herausgabe der Pfänder.

Ungleich schwieriger gestaltet sich das Rechtsverhältnis, wenn der Bürge ohne jeglichen Vorbehalt Zahlung geleistet hat. Hier greift die Frage ein, ob eine Uebertragung von Rechten nach einer derartigen Zahlung überhaupt noch möglich sei.

l. 76 D. de solut. 46,3 besagt:

Modestinus respondit: si post solutum **sine ullo pacto** omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones **post aliquod intervallum** cessae sint: **nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit**; quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, perempta videatur.

Hiernach wäre also eine Cession nach der sine ullo pacto erfolgten Zahlung nicht mehr möglich, da die Klagen

durch die Zahlung getilgt worden seien, und, was nicht mehr ist, auch nicht mehr übertragen werden könne. Diese Logik des „Letzten der klassischen Juristen“ ist an sich unanfechtbar; auch ist es leicht erklärlich, dass ihre Einfachheit und Klarheit ihr zu allen Zeiten eine Anzahl Anhänger gesichert hat. Gleichwohl trifft sie hier nicht zu; denn es wird von niemanden behauptet, dass überhaupt etwas übertragen werden solle, was nicht mehr existiert. Die Ansprüche und Klagen — das ist die von den Gegnern aufgestellte Ansicht — sind eben nicht untergegangen, und weil sie nicht untergegangen, deshalb ist auch noch ihre Uebertragung möglich. Zwar muss zugestanden werden, dass durch Zahlung das Forderungsrecht vollständig getilgt wird, aber auch nur durch eine wirkliche Zahlung. Demgemäss heisst es in pr. J. III, 29 quib. mod. obl. toll.: . . . . item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

„Zahlt“ der Bürge, so werden die Mitbürgen und der Schuldner frei. Schon Modestinus sagt nun, dass bei vorheriger Verabredung eine spätere Uebertragung der Klagen möglich sei, da sie dann nicht als durch Zahlung untergegangen, sondern als gekauft anzusehen seien. Vergleicht man damit einen Ausspruch des Paulus, so zeigt es sich, dass bei diesem die Kauffiktion eine solche Durchführung erhalten hat, dass in allen Fällen die Zahlung seitens des Bürgen als Forderungskauf anzusehen ist. Paulus erklärt nämlich in l. 36 D. de fideiuss. 46.1: Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones poterit quidem dici, nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt, sed non ita est: non enim in solutum accipit, **sed quodam modo nomen debitoris vendidit**, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

Diese in geradem Gegensatze zu dem Ausspruche des Modestinus stehende Stelle spricht klar aus, dass stets die Kaufabsicht des Bürgen vermutet werden solle, um

auf diese Weise die Uebertragung der Ansprüche auch noch nach vorbehaltlos erfolgter Zahlung zu ermöglichen. Eine Vereinigung beider Fragmente ist nicht zu erreichen. Die mannigfachsten Erklärungen sind versucht worden, ohne jedoch zu einem befriedigenden Resultate geführt zu haben.

So glaubt Mühlenbruch[1]), Paulus spreche von einem Bürgen, der vor der Zahlung Abtretung ausbedungen habe. Diese Annahme ist aber durch nichts zu rechtfertigen, sie trägt etwas in die Stelle hinein, was nicht darin enthalten ist, und was bei der Bedeutung der Frage der Jurist sicherlich nicht unterlassen haben würde, ausdrücklich zu erwähnen. Andere glauben, so neuerdings Girtanner[2]), dadurch die Schwierigkeit aus dem Wege räumen zu können, dass sie darauf hinweisen, Modestinus spreche von Mitvormündern, nicht von Bürgen. Zunächst ist nun l. 76 gar nicht so eng zu nehmen; sie ist allgemeiner aufzufassen und auch auf ähnliche und verwandte Verhältnisse anzuwenden. Dies beweist namentlich die entsprechende Stelle der Basiliken:[3])

Si post solutionem eorum, quae mihi debentur, actiones tibi cessero, inutilis cessio est. Si vero ante solutionem cessero, vel ut cederentur (actiones), solveris, cessio quoque, quae post solutionem fit, valet.

Aber selbst wenn der Satz des Modestinus nur einer einschränkenden Auslegung Raum geben sollte, so würde das noch immer nichts beweisen. Warum sollte dann nicht die Stelle des Paulus auch auf Mitvormünder anzuwenden sein? Durch die Zahlung beider erlischt das Forderungsrecht, und eine Uebertragung der Ansprüche ist nicht mehr möglich; da stellt man beim Bürgen die Rechtsvermutung auf, er habe die Absicht, die Forderung zu kaufen. Was hindert denn, diese Absicht nun nicht auch beim Mitvormund anzunehmen? Wohl die passendste Erklärung dürfte Schmid[4]) geben, der den Unterschied darin erblickt, dass es sich bei Modestinus um einen Fall

1) A. a. O. S. 446 not. 475.
2) A. a. O. S. 535.
3) Basil. XXVI, 5 c. 76; Uebersetzg. von Heimb. III p. 124.
4) A. a. O. S. 64 ff.

freiwilliger Geschäftsführung handle, und dass die Stelle daher nur auf ganz entsprechende Fälle ausgedehnt werden dürfe, während Paulus bei dem Bürgen, der doch nur gezwungen zahle, eben deshalb selbst bei fehlender Erklärung die Absicht und den Willen voraussetze, die Forderungen zu erwerben, m. a. W. zu kaufen, da sie dadurch vor dem Untergange bewahrt würden.

Die auf den Ausspruch des Paulus sich aufbauende Ansicht ist weit verbreitet. Insbesondere wird sie geteilt von den älteren Schriftstellern und von denjenigen, die die hier einschlägigen Rechtsgebiete zum Gegenstande ihres besonderen Studiums gemacht haben; so von Carpzow [1]), Samuel Stryk [2]), Pufendorf [3]), Gebr. Overbeck [4]), ferner von Arndts [5]), Girtanner [6]), Schmid [7]), Hasenbalg [8]), Keil [9]), Geib [10]), Stampe [11]) u. a.

Thatsächlich lassen sich auch weder innere, noch auch besondere rechtswissenschaftliche Gründe gegen sie geltend machen. Dies ist auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts [12]) ausgeführt worden, in der es heisst:

„So kann es nicht auffallend erscheinen, dass für den Fall der Bürgschaft in der l. 36 a. a. O., um den Untergang der Forderungen im Interesse des Bürgen zu vermeiden, die Zahlung des Bürgen auch ohne eine dahin gerichtete Erklärung des Bürgen als Zahlung des Kaufpreises für die noch abzutretenden Forderungen angesehen wird. Denn gerade bei dem Bürgen, welcher regelmässig eine ihm fremde Schuld tilgt, wird man ohne weiteres unterstellen dürfen, dass er zahlt mit der Absicht, demnächst gegen den Hauptschuldner und etwa vorhandene Mitbürgen seinen Regress zu nehmen."

---

1) Jurispr. for. Sax. II. Const. 17. def. 16.
2) Us. mod. Pand. ad tit. de fideiuss. § 27.
3) Tom. I observ. 130.
4) Medit. III, 152.
5) A. a. O. S. 616 not. 2.
6) A. a. O. S. 255; S. 535 ff.
7) A. a. O. S. 64. f.
8) A. a. O. S. 414 ff.
9) A. a. O. S. 14.
10) A. a. O. S. 75 not. 3.
11) Arch. f. civ. Pr. Bd. 80 S. 412 not. 88.
12) A. a. O. XVIII, 240—242.

Ebenso hat das Oberappellationsgericht zu Kiel[1]) erklärt, wenn ein Bürge den Gläubiger befriedige, so werde nicht die Absicht der Tilgung der Schuld, sondern die Absicht des Ankaufes gesetzlich angenommen. Endlich entschied auch das Oberappellationsgericht zu Rostock[2]), nach der l. 36 D. h. t. werde auch ohne ausdrückliche Erklärung angenommen, dass der Fidejussor nur unter Festhaltung seines Rechtes auf Cession habe zahlen wollen.

Allerdings suchte das Obertribunal zu Stuttgart[3]) 1857 die von uns gebilligte Ansicht zu widerlegen, und kam demgemäss zur entgegengesetzten Entscheidung. Auf diesem gegnerischen Standpunkte steht noch eine Anzahl hervorragender Schriftsteller, die auf Grund der l. 76 cit. die Abtretung der Klagen auch an den Bürgen nach vorbehaltloser Zahlung für unmöglich halten, so Walch[4]), Mühlenbruch[5]), Sintenis[6]), Gesterding[7]), Seuffert[8]), Puchta[9]), Vangerow[10]) und Dernburg[11]).

Allein, wenn auch zugegeben werden soll, dass der von Paulus vorgeschlagene Ausweg, die Konstruktion der Kauffiktion, etwas schwerfällig erscheinen mag, so haben sich doch die römischen Juristen des öfteren in ähnlicher Weise geholfen, um nur ein bestimmtes Ergebnis so zu erzielen: sie griffen, wie von Ihering[12]) sagt, „zur technischen Notlüge." Anklänge an gerade diese Fiktion finden sich überdies aber auch in vielen anderen einschlägigen Stellen: so in l. 14 C. de fideiuss. 8,40/41 „facta nominis redemptione," in l. 17 D. h. t. 46,1 „vendere ceterorum nomina," u. a. m.[13]) Uebrigens erklärt ja auch Modestinus selbst, wenn nur vorher die Uebertragung verabredet sei, so gingen die Klagen nicht unter, denn

1) Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 313.
2) Seuff. Arch. Bd. 17 Nr. 40.
3) Seuff. Arch. Bd. 12 Nr. 117.
4) Introd. in contr. iur. civ. S. 573.
5) A. a. O. S. 445.
6) A. a. O. II § 129.
7) A. a. O. S. 297 ff.
8) Pand. II. S. 303 not. 26.
9) Vorles. § 282 a. E. Pand. § 402 not. a.
10) A. a. O. III. § 574 not. 3.
11) Pfandr. II. S. 369. not. 16.
12) Geist des röm. R. 3. Aufl. III. S. 296.
13) l. 21 D. de tut. et rat. distr. 27, 3, l. 5 pr. D. de censib. 50, 15 und endlich in l. 30 § 3 D. de pecul. 15, 1.

dann seien sie verkauft: „pretium magis solutum.“ Warum soll man da nicht mit Paulus annehmen, dass sie immer verkauft seien, da ja der Bürge doch sehr seinem Vorteil zuwider handeln würde, wenn er nicht die Ansprüche und Klagen erwerben wollte.

In neuester Zeit erscheint manchen Schriftstellern, die das von Paulus durch seine Fiktion erzielte Ergebnis für richtig halten, der Weg, auf dem er dazu gekommen, die Fiktion selbst, so wenig zufriedenstellend und so sehr den Thatsachen widersprechend, dass sie andere, aber meist sehr verwickelte Erklärungen suchen. Namentlich der von Hartmann [1]) gemachte Konstruktionsversuch hat eine grosse Litteratur auf diesem Gebiete wachgerufen. Er führt aus, wenn eine Uebertragung des Forderungsrechtes nach der Zahlung noch möglich sei, so würden alle Grundsätze über dessen Tilgung durch solutio hinfällig werden, falls wirklich durch die Zahlung der ganze Zweck der Obligation erreicht sei. Daran könne auch die Fiktion eines Kaufes nichts ändern. Bei der Zahlung seitens des Bürgen werde nun aber nicht der ganze Zweck ohne weiteres erreicht; es sei noch ein Nebenzweck vorhanden, bestimmt, „die Leistung hinterher dem Resultate nach von dem zunächst zahlenden Nebenschuldner hinüberzuleiten auf den Kopf des Hauptschuldners.“ Dass dieser Nebenzweck dem Wesen der fideiussoria obligatio durchaus fremd ist, haben die Kritiker der Hartmann'schen Ansicht zur genüge dargethan, so namentlich Scheurl [2]), Pernice [3]) und Mitteis [4]).

Zu einer derartigen juristischen Konstruktion liegt durchaus kein Anlass vor: wollte man aus Billigkeitsrücksichten den Untergang der Obligation verhindern, so genügte die Kauffiktion vollständig, um diesen Zweck zu erreichen; in jeder anderen Beziehung lag dann aber Zahlung vor.

---

1) A. a. O. S. 47 ff.
2) A. a. O. S. 503 ff.
3) Ztschr. f. d. ges. Hdlsr. Bd. 21 S. 318 ff.
4) A. a. O. S. 10 ff.

Im übrigen steht ein derartiger Fall keineswegs vereinzelt da. So führt Mommsen[1]) ähnliche Fälle an, in denen nach Mitteis[2]) „Klagen, welche nur in abstracto, aber nicht in concreto begründet sind, zu dem Zwecke doch als in concreto begründet angesehen werden, damit dieselben auf einen Dritten, ausser dem Obligationsverhältnisse stehenden, der zwar einen Billigkeitsanspruch, aber keine actio gegen den Schuldner hat, übergeleitet werden können."

Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der hier verteidigten Ansicht darf wohl auch noch darin erblickt werden, dass die neueren Gesetzgebungen fast sämtlich zu ihr sich bekennen. Zwar ist nicht die Ansicht als solche aufgenommen worden, — sie ist überall bereits überholt — allein der den in Betracht kommenden Bestimmungen zu Grunde liegende Gedanke ist doch der, dass der Bürge bei der Zahlung stets die Abtretung der Klagen beanspruche. Das beneficium ced. act. ist hier beseitigt durch die sog. cessio legis, die auch im neuesten römischen Recht nach der Ansicht einiger Schriftsteller schon in manchen Fällen zur Anwendung gekommen ist und die einen besonderen Cessionsact als überflüssig erscheinen lässt.

Es mögen hier in Kürze die betreffenden Bestimmungen der neueren Gesetzbücher folgen:

Preuss. Allgem. Landr. Th. I, Tit. 14, § 338:

„Der Bürge tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, in alle Rechte desselben gegen den Hauptschuldner, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Cession bedarf."

Code civil art. 2029:

„La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur."

Badisches Landrecht Art. 2029:

„Der Bürge, der die Schuld zahlt, tritt in alle Rechte des Gläubigers wider den Schuldner kraft des Gesetzes ein."

Codice civile italiano art. 1916:

„Il fideiussore che ha pagato il debito sottentra in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore."

---

1) Unmöglichkeit der Leistung: S. 36 not. 25.

2) A. a. O. S. 12 not. 14.

Código civil espanõl art. 1839 alin. 1:

„El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.“

Oesterr. allgem. bürgerl. Gesetzb. § 1358:

„Wer die Schuld eines Anderen bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel auszuliefern.“

Einen singulären Standpunkt nimmt das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen ein.

§ 955 bestimmt nämlich:

„Wird ein Gläubiger von einem Dritten an der Stelle des Schuldners befriedigt, und hat der Dritte sich vor oder bei der Befriedigung die Abtretung der Forderung ausbedungen, so ist die Forderung mit der Befriedigung ohne weiteres als dem Dritten abgetreten anzusehen.“

Auf die Stellungnahme des „Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich“ zu dieser Frage soll noch an späterer Stelle zurückgegriffen werden. Hier genüge der Hinweis darauf, dass auch er sich für eine cessio legis in dem hier in Betracht kommenden Falle entschieden hat.

Die Möglichkeit einer Uebertragung der Ansprüche und Abtretung der Klagen besteht noch nach vorbehaltloser Zahlung. Folgerichtig ist daher auch der Uebergang der Pfandrechte noch nach derselben zuzulassen, da mit dem Hauptrechte die Nebenrechte bestehen bleiben. Allein eben wegen der Nebenrechte dürfen wir auch voraussetzen, dass der Bürge mit der Aufforderung zur Abtretung nicht allzu lange wartet. Das Klagerecht kann der Gläubiger noch nach Jahren abtreten, vorausgesetzt, dass es nicht inzwischen verjährt ist; es kann ihm aber schwerlich zugemutet werden, sich auch den mit dem Besitze der Nebenrechte für ihn verbundenen Pflichten auf unabsehbare Zeit weiter zu unterziehen, bis es dem Bürgen vielleicht gefällt, sich die Nebenrechte übertragen zu lassen! Der letztere muss vielmehr in angemessener

Zeit seine Ansprüche geltend machen und kann dann auch nur das verlangen, was der Gläubiger zu übertragen noch imstande ist.

Wesentlich einfacher würden sich hier die Verhältnisse gestalten, wenn man in dem vorliegenden Falle eine cessio legis annehmen dürfte, gemäss dem allerdings sehr bestrittenen Grundsatze[1]) des neueren römischen Rechts, dass auch ohne wirkliche Uebertragungshandlung die erzwingbare Cession kraft Gesetzesvorschrift als geschehen zu fingieren sei. Allein auch dann könnten die Nebenrechte inzwischen untergegangen sein, da deren Uebergang sich erst im Augenblicke der Geltendmachung seitens des Bürgen vollziehen würde.[2])

Kann der Bürge nach der Zahlung auch noch Abtretung der Klagen gegen die Mitbürgen verlangen und infolgedessen auch die von diesen für ihre Bürgschaftsverpflichtung bestellten Pfänder sich herausgeben lassen? Dies wird von einigen bezweifelt. Allein es ist kein Grund vorhanden, diese Klagen abweichend zu behandeln. Hiergegen sprechen nicht nur innere Gründe, sondern vor allem auch die angezogene l. 36, die gerade von einem Gläubiger spricht, dem mehrere Bürgen für seine Forderung bestellt sind; er hat also die Klage gegen den Schuldner und gegen die Mitbürgen. Die Abtretung der sämtlichen Klagen, also auch der Nebenrechte, kann aber der Bürge verlangen, wie aus den Worten des Paulus hervorgeht: „et ideo habet **actiones**, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones."

Der Bürge ist demnach nicht verpflichtet, vor oder bei der Zahlung die Herausgabe der Pfänder zu verlangen oder sie sich vorzubehalten; allein es ist leicht möglich, dass er durch eine Unterlassung dieser Forderung später einen Teil seiner Rechte einbüsst. Es liegt deshalb in seinem eigenen Interesse, sich möglichst bei der Zahlung die Pfänder herausgeben zu lassen.

---

1) Vergl. v. Savigny Oblig. I. S. 239—278. Dagegen Windscheid, die actio des röm. Civilrechts. S. 194 ff. Vergl. auch Entsch. des Reichsgerichts in Civils. II, 167.

2) Vergl. Hasenbalg S. 425 f.

§ 6. Welche Verpflichtungen liegen dem Bürgen hinsichtlich der übernommenen Pfänder ob?

In welchen Fällen dem Bürgen ein Recht auf Herausgabe zusteht, ist zuvor klargelegt worden. Es erübrigt noch die Untersuchung der Frage, welche rechtlichen Wirkungen die Uebernahme der Pfänder für den Bürgen zur Folge hat. Fasst man die Uebertragung als einfache Cession der persönlichen Forderungen nebst den zu diesen gehörigen Pfandrechten auf, so ist der Bürge als Pfandcessionar allen denjenigen Verpflichtungen unterworfen, die auch dem Gläubiger oblagen. Dahin gehören die Rückgewähr der Pfandsache nebst allem Zubehör nach Tilgung der persönlichen Forderung; oder, falls es zum Verkaufe gekommen ist, die Herausgabe der Hyperocha; ferner die Rechnungsablegung gegenüber dem Verpfänder und endlich die Haftung für omnis culpa, sowohl bei der Aufbewahrung, wie auch bei der Verwertung der Pfandsachen.

Vergl. l. 13 § 1 D. de pign. act. 13, 7; sowie l. 14 eod.: „Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur."

Es lässt sich aber die Uebernahme der Pfänder noch von einem anderen Gesichtspunkte aus betrachten. Wir können dieselbe nämlich auf Grund der oben erwähnten Kauffiktion, sowie von Quellenstellen als einen Kauf seitens des Bürgen gegen Zahlung eines der verbürgten Summe gleichkommenden Kaufpreises ansehen. Papinian erklärt sogar, dass eine solche Uebertragung durch Kauf necessitate iuris zu geschehen habe: l. 2 D. de distr. pign. 20,5: „Fideiussor conventus officio iudicis assecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: nam huiusmodi **venditio transferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet.**"

Es fragt sich, ob nun dadurch die Verpflichtungen des Bürgen eine Aenderung erfahren haben. Diese Frage ist zu verneinen, denn sogar wenn der Bürge, ohne zur

Zahlung aufgefordert zu sein, bei dem Verkaufe der Pfänder seitens des Gläubigers diese für sich gekauft hat, liegen ihm dieselben Verpflichtungen ob, mit denen er als Pfandcessionar beschwert war.

Aus Gründen der Billigkeit gestatteten die Römer dem Bürgen den Ankauf der Pfänder des Schuldners in eigenem Interesse nicht; es bestand die Rechtsvermutung, der Bürge habe für den Schuldner handeln wollen, wie es dem zwischen beiden bestehenden Verhältnisse nach zu erwarten sei. Es liegt daher dem Bürgen die Verpflichtung ob, die Pfänder dem Schuldner gegen Erstattung der bezahlten Summe zurückzugewähren. Diese Rückgabe zu erzwingen, stehen dem Schuldner zweierlei Klagen zur Seite: die actio mandati, wenn er sich auf das zwischen ihm und dem Bürgen bestehende Verhältnis berufen will, die actio pigneraticia directa [1]), wenn er es vorzieht, den Bürgen, als Pfandcessionar, mit der Klage anzugreifen, die ihm früher auch gegen den Gläubiger zugestanden hatte. So bestimmt Paulus in l. 59 § 1. D. mand. 17,1:

Paulus respondit fideiusssorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.

Der Bürge ist demnach, auch wenn ein Verkauf der Pfänder an ihn angenommen werden soll, nur dem Namen nach Käufer, in Wirklichkeit aber Pfandcessionar und erlangt also durch den Verkauf weder andere Rechte noch Pflichten, als sie letzterem zu erwachsen pflegen.

Dass er dem Schuldner die Sachen zurückgewähren muss, sowie dass er dem Auskaufsrechte des nachstehenden Pfandgläubigers unterworfen bleibt, bestätigen ausser den beiden bereits angeführten Stellen namentlich noch: l. 1 C. de dolo malo 2, 20/21: Si fideiussor a creditore pignora emit, ablata quantitate sortis et usurarum tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit, consultius restituet, ne fidei ruptae gratia de dolo possit actio exerceri, sowie l. 5 § 1 D. de distr. pign. 20,5:

1) Vergl. Kohler a. a. O. S. 34.

Si secundus creditor vel fideiussor soluta pecunia pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt.

Auch dass der Bürge für omnis culpa einzustehen hat, inbesondere auch bezüglich der Ziehung der Früchte, wird ausdrücklich bestätigt in l. 2 D. de pign. 20,1: Fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet.

Besonderer Erwähnung bedarf noch l. 59 D. de fideiuss. 46,1: Paulus respondit fideiussorem, in quem pignora a confideiussoribus data translata sunt, non emtoris loco substitutum videri, sed eius, qui pignora accepit; et ideo rationem fructuum et usurarum haberi oportere.

Bei Uebernahme der von Mitbürgen bestellten Pfänder ist die Annahme eines Verkaufes an den Bürgen ausgeschlossen. Letzterer hat demnach die Pflichten des Pfandgläubigers als Pfandcessionar zu erfüllen. Würde man nämlich einen Verkauf gestatten, so wäre dies eine Unbilligkeit gegen den Mitbürgen, der dann dem Bürgen gegenüber nicht auf Rückgabe klagen könnte, weil hier die Vermutung, er habe Auftrag zur Schuldtilgung und zum Ankaufe der Pfänder gegeben, nicht angebracht ist.

Endlich ist noch der Fall zu berücksichtigen, dass die Pfänder von Dritten bestellt sind. Nach unseren obigen Ausführungen ist seit der Nov. 4 der Bürge zur Geltendmachung der Pfandrechte Dritten gegenüber nicht mehr befugt, da diese erst nach erfolgloser Ausklagung des Schuldners und der Bürgen haften sollen. Trotz der Uebertragung etwaiger von Dritten bestellter Faustpfänder würde demnach der Bürge diese nicht zu seiner Befriedigung verwenden dürfen. Er ist also verpflichtet, die übernommenen Pfänder dem Dritten herauszugeben, ohne dass dieser ihm auch nur irgend welchen Ersatz zu leisten hätte.

§ 7. Entscheidung der erörterten Fragen nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

(Zweite Lesung.)

Wie fast sämtliche neueren Gesetzgebungen, so hat auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich die Grundsätze des gemeinen Rechts in sich aufgenommen, allerdings gleichfalls unter Annahme einer heute ziemlich allgemein anerkannten cessio legis. Dadurch wird die alte Streitfrage, ob eine Uebertragung der Rechte nach vorbehaltlos erfolgter Zahlung noch möglich sei, endgiltig aus der Welt geschafft. § 713 bestimmt:

„Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Zum Nachteile des Gläubigers kann der Uebergang nicht geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt. Mitbürgen haften einander nur nach § 369."

Aus diesem § 369 Abs. 2 geht dann hervor, dass auch die Ansprüche gegen die Mitbürgen auf den zahlenden Bürgen von Rechtswegen übergehen: „Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat und Ausgleichung von den übrigen Schuldnern verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Zum Nachteile des Gläubigers kann der Uebergang nicht geltend gemacht werden."

Ueber ein Recht zur Herausforderung der Pfänder ist ausdrücklich nichts gesagt. Dasselbe geht aber mit der Forderung auf den Bürgen über und darf nach den zuvor angezogenen §§ 718 und 369,2 nun nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.

Die Verpflichtung des Gläubigers zur Bewahrung der Pfandrechte ist dagegen ausdrücklich anerkannt in § 715, der lautet: „Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht oder ein zur Sicherung derselben dienendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 713 Ersatz hätte erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgehobene

Recht erst nach der Uebernahme der Bürgschaft entstanden ist.“

Alle diese Bestimmungen gelten — das darf angenommen werden — für den Bürgen ganz allgemein. Ausdrücklich wird diesem in § 717 der Mandator gleichgestellt, wo es heisst:

„Wer einen Andern beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.“ Da der Entwurf bezüglich des Konstituenten nichts besonderes festsetzt, so darf man auch auf ihn wohl die allgemeinen Bestimmungen über die Bürgschaft für anwendbar erklären. Damit soll indessen der Streitfrage, ob neben fideiussio und mandatum qualificatum überhaupt noch heute das Konstitutum als besondere Bürgschaftsform fortbestehe, in keiner Weise vorgegriffen werden. Die Erörterung dieser Frage liegt nicht im Rahmen der vorliegenden Arbeit, darf daher hier unterbleiben.

Die Bestimmungen des Entwurfes beruhen auf dem Grundsatze, dass bei der Beurteilung der aus der Bürgschaft hervorgehenden Rechtsverhältnisse hauptsächlich Billigkeitsrücksichten zu herrschen haben. Dem Bürgen sind möglichst weitgehende Rechte zu gewähren, wenn dadurch nur nicht diejenigen des Gläubigers geschmälert werden. So wird der Entwurf allen Teilen gerecht, und zwar dies um so mehr, als er die thatsächliche Feststellung, wann dem Gläubiger ein Nachteil durch Geltendmachung der Rechte des Bürgen erwachse, dem freien richterlichen Ermessen überlassen hat.

KÖLNER VERLAGS-ANSTALT UND DRUCKEREI, A.-G.